



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos

Autor/es

ÁNGELA SANZ SANZ

Director/es

MARÍA AMELIA PASCUAL MEDRANO y RICARDO LUIS CHUECA RODRÍGUEZ
,

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2017-18



La irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos, de ÁNGELA SANZ
SANZ

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO



LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES RESTRICTIVAS DE DERECHOS

THE NON-RETROACTIVITY OF LAWS RESTRICTING RIGHTS

TRABAJO FIN DE GRADO

ÁNGELA SANZ SANZ

TUTORES

**AMELIA PASCUAL MEDRANO
RICARDO LUIS CHUECA RODRÍGUEZ**

RESUMEN

Este trabajo versa sobre el significado y la interpretación del artículo 9.3 CE donde se establece el principio de irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos. Se analizan las prohibiciones establecidas en la Constitución, así como su relación con el principio del artículo 2.3 del Código Civil. Por último se realiza un estudio jurisprudencial en la materia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, señalando los problemas interpretativos más relevantes a la hora de aplicar este principio constitucional, indicando la doctrina asentada por los mismos.

ABSTRACT

This work is about the meaning and the interpretation of article 9.3 CE where the principle of non-retroactivity of laws restricting rights appears. The restrictions in the Constitution are analysed, as well as their relation with article 2.3 CC. Finally, a jurisprudencial study of the matter is carried out, both in the Constitutional Court and the Supreme Court, stating the most relevant interpretative problems in applying this principle, indicating the established tenet of both of them.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
1. Precisiones conceptuales	5
2. Determinación de la retroactividad: grado máximo, medio y mínimo.....	6
II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES RESTRICTIVAS DE DERECHOS8	
1. Tratamiento constitucional del principio de irretroactividad de las normas	8
2. El artículo 9.3 como límite-garantía infranqueable para el legislador	9
3. Límites constitucionales a la retroactividad de la ley.....	11
a) Disposiciones sancionadoras no favorables: irretroactividad del Derecho sancionador.....	11
i. Retroactividad in peius y retroactividad in bonus.	13
ii. Retroactividad de las normas sancionadoras adjetivas	14
iii. Retroactividad de las normas sancionadoras más favorables: concepto de ley más benigna	15
b) Disposiciones restrictivas de derechos individuales: sistema de tipo mixto ad extra, y casuístico ad intra	18
III. CONVIVENCIA HERMENÉUTICA ENTRE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y EL ARTÍCULO 2.3 C.C.: LEY-JUEZ.....	21
1. El artículo 2.3 CC y la no presunción de retroactividad.....	21
2. La dualidad juez-legislador	23
IV. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LAS DOCTRINAS DEL TC Y DEL TS	29
1. Planteamiento del problema.....	29
2. Ámbito sancionador	30
a) En el Derecho Penal	30
b) En el Derecho Administrativo.....	32
3. Ámbito no sancionador	34
V. CONCLUSIONES	37
BIBLIOGRAFÍA	40

I. INTRODUCCIÓN

1. Precisiones conceptuales

Las leyes positivas son perecederas, por lo que están sujetas a límites temporales. El tracto temporal comprendido entre la publicación y la derogación de la norma constituye el ámbito de su vigencia formal, que no tiene porqué ser el mismo que el de su vigencia material, puesto que hay normas cuyos efectos pueden mantenerse en el tiempo, aun cuando han sido derogadas. Así, respecto de esta distinción puede hablarse de “actividad estricta” de la ley cuando el ámbito temporal de su eficacia coincide con el de su vigencia formal.

Las leyes temporales deben regir estrictamente los hechos que se den bajo su vigencia formal, y también los efectos que generen esos hechos, transcurran antes o después de la cesión formal de la ley; así la ley temporal es por naturaleza una norma *ultraactiva*.¹

Los problemas del derecho intertemporal surgen de la no coincidencia entre la vigencia formal y la vigencia temporal de la norma. Y en esta discordancia encuentra la doctrina dificultades para definir la retroactividad de la norma, apareciendo así diferentes posiciones doctrinales respecto a lo que es o debe considerarse retroactividad de la ley.

El concepto vulgar de retroactividad intenta dar una primera respuesta a esta cuestión. Retroactividad significa “acción hacia atrás”, lo que implica decir que los hechos jurídicos y sus efectos acaecidos en el pasado no deben ser alterados por las nuevas leyes. Sabiendo que el pasado es irrecuperable para las normas, la retroactividad de una norma solo puede significar que en su aplicación futura, serán tratados con arreglo a la norma también aquellos hechos que acontecieron con anterioridad a su entrada en vigor. No son las normas las que

¹ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, p. 27.

retroceden en el tiempo, si no los hechos y las situaciones, los que por imperativo legal cobran actualidad en la medida para ser regulados por la ley nueva.

Por otro lado, tenemos el concepto de irretroactividad, este define a aquella ley que afecta a hechos, actos o relaciones jurídicas acaecidos con posterioridad a su promulgación. Este concepto se instituye como principio jurídico en el artículo 9.3 CE, donde determina la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.

Por tanto es fundamental la distinción de los dos conceptos anteriores con la *ultraactividad* de la norma, esta es consecuencia de la concepción material de la retroactividad; cuando la nueva ley de manera implícita o tácita mantiene la vigencia de la ley anterior para que esta siga regulando las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. Por tanto, desde un concepto material de la retroacción, la irretroactividad de la norma nueva, equivale a *ultraactividad* de la antigua.²

2. Determinación de la retroactividad: grado máximo, medio y mínimo

La retroactividad de las normas ha estado históricamente sometida a fuertes limitaciones que se explican por la incidencia que sobre la seguridad jurídica podría tener la admisión con carácter general de la libre facultad del legislador para determinar los efectos retroactivos de las normas. Su valoración no puede estar desligada del uso práctico que se haga de ellos por parte de los órganos de producción y de aplicación del Derecho. Desde el punto de vista constitucional, esa valoración debe reconducirse a las previsiones establecidas

² LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas...*, ob. cit., p. 26.

en la Constitución y al necesario equilibrio entre la voluntad de las mayorías gobernantes y el respeto de los derechos fundamentales.³

El problema fundamental es determinar cuándo nos encontramos ante un caso de retroactividad, puesto que estamos ante un concepto vacío de definición constitucional o legal. Tradicionalmente, se han venido reconociendo tres grados progresivos: en el grado mínimo, la nueva ley incidiría únicamente sobre los efectos producidos desde la entrada en vigor de la misma por situaciones o relaciones jurídicas originadas bajo la vigencia de la anterior normativa. En el grado medio, la nueva ley incidiría también sobre los efectos producidos con anterioridad a su entrada en vigor, pero que no se hubiesen consumado o ejecutado. Y, por último, en grado máximo, la nueva ley, afecta además a consecuencias o efectos jurídicos ya consumados.⁴

³ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, 1991, p. 135.

⁴ PASCUAL MEDRANO, A., “Artículo 2” en A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil Comentado*, Volumen I, Pamplona, 2016, p. 53.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES RESTRICTIVAS DE DERECHOS

1. Tratamiento constitucional del principio de irretroactividad de las normas

La regla general en Constituciones y Códigos ha sido sólo la irretroactividad de las normas penales. La doctrina científica ha dedicado por ello muchos esfuerzos al objetivo de establecer límites al poder del legislador, que supliesen la ausencia de un principio prohibitorio general de la retroactividad.

La Constitución de 1978 (CE) establece pues una referencia sin precedentes al prohibirla taxativamente en su artículo 9.3: “la Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. El principio de irretroactividad se constituye así como un instrumento al servicio de la seguridad jurídica y, por tanto, del sistema de garantías y libertades en que el Estado de Derecho consiste.

Según DE OTTO debemos entender que el artículo 9.3 CE señala “un mínimo y, por tanto, un ancho margen de libertad del legislador, y no puede lícitamente interpretarse ni como garantía de continuidad del *statu quo* ni como mandato de reformarlo.” Así lo declaró también la STC de 20 de julio de 1981, estableciendo que fuera de los dos supuestos recogidos en el artículo 9.3 CE nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno.⁵

⁵ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1988, p.97.

2. El artículo 9.3 como límite-garantía infranqueable para el legislador

La nota común a las constituciones anteriores es la de reducción del principio de irretroactividad al ámbito penal, en la línea de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.⁶

Nuestra garantía del artículo 9.3 CE posee también un alcance restrictivo, al permitir la retroactividad de las normas, con excepción de aquellas sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Pero más allá de los supuestos constitucionalmente vedados, las normas pueden ser retroactivas o irretroactivas.

La cuestión de si las normas pueden prever una eficacia retroactiva ha sido objeto de debate doctrinal. A favor de la irretroactividad se alegan exigencias del principio de seguridad jurídica y, en su contra, razones de justicia que pueden llevar a imponer retroactividad en las normas cuando se trate de impedir situaciones que, aunque originadas en el pasado, resultan injustas en el momento presente.

Si situamos el fundamento del principio en el terreno político, aparecen dos tendencias contrapuestas: irretroactividad como garantía para asegurar la protección de los derechos o retroactividad como instrumento de transformación de la sociedad. En el ámbito jurídico, que es el que nos ocupa, la controversia antes citada se traduciría en la existencia de otros dos elementos enfrentados: por un lado, irretroactividad como recurso para proporcionar seguridad jurídica; por otro, el interés público o general como título legitimador de la retroactividad.⁷

⁶ Artículo 8. “*La Ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.*”

⁷ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas...*, ob. cit., p. 38.

Hay que tener en cuenta, la facultad que tiene el poder legislativo para dictar normas retroactivas. Para ello, tenemos que atender a dos puntos de vista: el político y el jurídico formal. El primero entiende la retroactividad como manifestación de la soberanía, a la que no debe escapar ninguna situación social pasada; el segundo concibe la retroactividad como una consecuencia de la especial posición que la ley ocupa dentro de la escala de fuentes.

El papel de la CE cobra especial importancia en su doble función de limitar los poderes del Estado y objetivar los valores del ordenamiento. Se permite la existencia de límites constitucionales tácitos contra la retroactividad de las leyes, límites que en cada sistema jurídico-político dependerán de la concepción de libertad, propiedad y seguridad. Nuestra CE no se ha limitado a plasmar el principio general de legalidad penal –*nullum crimen sine praevia lege penale*– sino que, respetando la libertad del legislador, ha impuesto otro límite en relación con los “derechos individuales”.

Pero las normas constitucionales, dada su naturaleza, están siempre sometidas a una interpretación sistemática en el marco del sistema de valores y principios que incorporan. Y así ocurre con las exigencias constitucionales de seguridad jurídica, sin el que los demás principios –incluido el de (i)retroactividad– perderían su naturaleza y función. La seguridad jurídica es, siempre y en todo caso, un presupuesto imprescindible del Estado de Derecho.⁸

No debe además olvidarse que, atendida su naturaleza de principio, no cabe una única forma de asegurar un concepto uniforme de retroactividad para todos los supuestos y materias.

⁸ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 116.

DE CASTRO estableció que los factores que determinan la fuerza retroactiva de una norma jurídica residen en el contenido social y político de las disposiciones antigua y nueva y en la voluntad restauradora y/o reformadora de la norma nueva.⁹

Salvo en las leyes penales, no es frecuente que las normas constitucionales fijen directrices concretas al legislador respecto a la retroactividad. Nuestra constitución sólo impone dos ampliaciones a la regla estricta: una vertical, al extender la Constitución el ámbito de lo punitivo (ley penal) al campo de las sanciones administrativas; y otra horizontal, al acotar la Constitución el ámbito de los derechos no susceptibles de ser afectados por leyes retroactivas, es decir los derechos individuales.¹⁰

3. Límites constitucionales a la retroactividad de la ley

La Constitución ha querido fortalecer las garantías relativas al derecho represivo y a los derechos individuales acudiendo al principio de irretroactividad de las normas. Así, tenemos que atender a los dos límites establecidos por los constituyentes en el artículo 9.3 CE: irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de las restrictivas de derechos individuales.

- a) Disposiciones sancionadoras no favorables: irretroactividad del Derecho sancionador

La irretroactividad de la norma sancionadora exige la estricta coincidencia entre su vigencia formal y su vigencia material o efectiva, esto es lo que quiere decir la expresión “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.*” La irretroactividad *in peius* está

⁹ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, vol I, IEP, 1949.

¹⁰ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 149.

expresamente vedada en el artículo 9.3 CE. Pero muy frecuentemente plantea dificultades en su aplicación para contrastarla con la retroactividad *in bonus*.¹¹

El aspecto más importante, que ha concentrado la mayor atención del Tribunal Constitucional (TC) es la fijación del *tempus*, esto es, la fijación por una parte del *tempus commissi delicti*, y por otro lado, la fijación de la entrada en vigor de la nueva norma sancionadora. La determinación de estos dos momentos es necesaria, puesto que la fijación del *dies* del supuesto ilícito es esencial para la activación de la garantía. El *tempus commissi* sirve para determinar dos momentos: realización de la conducta y producción del resultado. Entre conducta y resultado puede existir un lapso de tiempo en el que se modifiquen las disposiciones aplicables. Si lo que las normas sancionan es la mera acción, ésta se habrá producido antes de la entrada en vigor de la nueva norma y, por tanto, no podrá aplicarse retroactivamente; pero si estamos ante un ilícito de resultado, la nueva norma sería plenamente aplicable.¹²

La concreción del *tempus* resulta decisiva para la determinación de las infracciones continuadas, es decir, aquellas en que la voluntad del acto punible se mantiene en el tiempo, de manera que la infracción se consuma a través de un conjunto de acciones sucesivas, no solo con una. También es importante la determinación del *dies* para las infracciones permanentes, es decir, aquellas en que la voluntad infractora se agota en un momento inicial, pero sus efectos permanecen en el tiempo, lo que lleva a determinar que el *dies* relevante será el del momento inicial en el que se consumó la infracción.

¹¹ LÓPEZ MENUÑO, F., “El principio de irretroactividad” *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, 2010, p. 9.

¹² LÓPEZ MENUÑO F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 167.

Otra cuestión relevante es la referida a las normas sancionadoras en blanco. Se plantea qué relevancia tiene la modificación sobrevenida a que se remite la disposición sancionadora, esto es, la norma complementaria configuradora del tipo. En términos generales puede afirmarse que ambos principios o garantías, la irretroactividad en lo desfavorable y la retroactividad en lo beneficioso, son imprescindibles cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora en sí misma sino la norma complementaria perfeccionadora del tipo delictivo.¹³

i. Retroactividad in peius y retroactividad in bonus.

El artículo 9.3 CE amplía el ámbito de lo punitivo en un doble aspecto: a) en el aspecto formal, aludiendo a la *legislación* –término que incluye tanto las disposiciones como las leyes–; b) en el aspecto material, puesto que alude a *sanciones* en general, y no solo a infracciones administrativas o delitos penales.¹⁴

El principio de irretroactividad de la norma –sustantiva o adjetiva– *in peius*, tiene carácter constitucional, y, por tanto, además de imponerse a las instancias aplicadoras del derecho, también se impone al legislador. En el caso de retroactividad *in bonus* de las disposiciones administrativas sancionadoras, el artículo 9.3 CE no ordena la retroactividad de la ley o disposición favorable al inculpado, ya que la frase “la irretroactividad de las disposiciones no favorables” pone en juego una interpretación *sensu contrario*, de la que resultaría la regla “si son favorables, son retroactivas”. Hay que tener en cuenta que la argumentación *a contrariis* de este precepto constitucional excede de los límites de la

¹³ LÓPEZ MENUDO, F., “El principio...”, ob. cit., p.10.

¹⁴ LÓPEZ MENUDO, F., “El principio de...”, ob. cit., p. 8.

analogía, que exige la existencia de principios comunes entre las instituciones objeto de interpretación (*ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio iuris esse debet*).¹⁵

Por tanto, el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables del artículo 9.3 CE, no contiene un mandato constitucional implícito de retroactividad de las disposiciones favorables.

El límite de la retroactividad *in peius* no es general sino que, por el contrario, aparece dirigido a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales aludidas en el artículo 9.3 CE. Según sabemos garantiza una irretroactividad limitada, ya que fuera de los dos supuestos que enuncia, son perfectamente posibles las disposiciones retroactivas.¹⁶

VERDERA IZQUIERDO y SUÁREZ COLLÍA sostienen que “la prohibición de la retroactividad *in peius* se fundamenta en unas exigencias generales de seguridad jurídica; unas exigencias que reclama la sociedad misma, porque todos los ciudadanos deben disfrutar de tal garantía, que aporta previsibilidad y estabilidad frente a la incertidumbre, el caos y la injusticia del *ius incertum*.”

ii. Retroactividad de las normas sancionadoras adjetivas

La aplicación del principio de irretroactividad a las leyes procedimentales o adjetivas ha estado influenciada durante mucho tiempo por la idea de que las leyes procesales no declaran derechos, sino que sólo regulan el procedimiento que permite hacerlos valer. Sin embargo, hoy los ordenamientos aceptan que las disposiciones sancionadoras también regulan derechos.

¹⁵ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 174.

¹⁶ VERDERA IZQUIERDO, B., *La irretroactividad: problemática general*, Madrid, p. 95.

Frente a la aparición de una norma procesal nueva, la doctrina científica sugiere tres soluciones posibles: a) *ultraactividad* de la ley anterior: los procedimientos en curso se regirán conforme a la ley vigente al tiempo de su comienzo; b) *tempus regit actum*: cada acto o fase procesal se rige íntegramente por la ley vigente en su momento de nacimiento; c) eficacia inmediata de la ley procesal: el procedimiento, cualquiera que fuere el estado en que se encuentre, se regirá por las reglas de la ley nueva. Es posible una cuarta solución: dar a la ley una retroactividad de «grado máximo», posibilitando que se retrotraigan aquellas actuaciones que resulten beneficiosamente reguladas por la ley nueva¹⁷.

En la actualidad es pacífica la tesis de que las normas adjetivas del ámbito punitivo deben seguir el mismo tratamiento jurídico que las sustantivas, reduciendo sus efectos en lo desfavorable y ampliándolos en lo beneficioso, ya que excluir tales efectos del ámbito de la garantía de la irretroactividad *in peius* o de la retroactividad *in bonus* no es un criterio lógico en el marco de un Estado de Derecho.

iii. Retroactividad de las normas sancionadoras más favorables: concepto de ley más benigna

La retroactividad *in bonus* no figura en el artículo 25.1 CE, ni está explicitada en el artículo 9.3 del mismo texto legal, pues la garantía constitucional establecida en este precepto no incluye necesariamente la formulación *a sensu contrario*, esto es, la retroactividad de las favorables.¹⁸

¹⁷LÓPEZ MENUDO, F., “El principio de irretroactividad...”, ob. cit., p. 7.

¹⁸ “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

ÁLVAREZ VIGARAY señala que este precepto está integrado por el principio de tipicidad “*nullum crime sine lege*”, junto con el de penalidad “*nulla poena sine lege*”. ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La

En efecto, desde una interpretación lingüística de la CE podría ser defendible que el legislador ordinario excluyera en algún caso concreto esta regla tan beneficiosa si así lo declarase expresamente. Esta tesis se vería reforzada por el hecho de que los fundamentos que subyacen a ambos tipos de retroactividad son distintos. Por un lado, la retroactividad *in bonus* no supone solamente la oposición a la irretroactividad *in peius*, sino una figura distinta basada en consideraciones *humanitatis causa*, mientras que la irretroactividad se fundamenta en la justicia y la seguridad jurídica.¹⁹

Sin embargo el TC, en sus primeras sentencias, desestimó tal hipótesis, proclamando en STC 15/1981/7, de 7 de mayo, que “la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, *a contrario sensu*, en el artículo 9.3 CE, que declara la irretroactividad, de las no favorables o restrictivas de derechos individuales.”

Debe entenderse por norma más beneficiosa la que hace desaparecer la ilicitud del hecho, impone una sanción más corta o menos severa y, en general, toda norma que mejore la situación del afectado. Se trata de determinar en definitiva, comparando dos sanciones, cuál sea más favorable; una cuestión que se complica cuando las sanciones son de distinto tipo y, sobre todo, llevan aparejada alguna otra obligación aneja.²⁰

retroactividad de la ley en la Constitución española de 1978 y en el Código Civil,” en J.M. González Porras, F.P. Méndez González (coords). *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Madrid, 2004, p. 165.

¹⁹ El argumento *humanitatis causa* en que se apoya la institución pertenece a la ratio de la ley que la contempla, no es una concesión de las instancias aplicadoras del Derecho. Se derivan de aquí dos consecuencias: 1) si la ley excepciona el principio, este no existe; 2) en la aplicación rigurosa del Derecho debe conjugarse este principio con otros principios del ordenamiento que puedan llegar a ser prioritarios. LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 177.

²⁰ LÓPEZ MENUDO, F., “El principio de...”, ob. cit., p. 12.

En el caso de sanciones que, contempladas en la norma antigua, no se correspondan con las establecidas por la nueva ley, es decir, en caso de sanciones no homogéneas, se plantea un conflicto. ¿Debe aplicarse la norma más benigna *in totum*, o cabe retrotraer únicamente su parte más beneficiosa, no retrotrayendo su parte más rigurosa? Atendiendo a la jurisprudencia, parece claro que solo admite la retroacción *íntegra* de la norma más beneficiosa, ya que de otra forma el juzgador estaría suplantando al legislador al crear un *tertium genus* normativo.²¹

La inserción de una norma más favorable en el ordenamiento jurídico afecta a un entramado de situaciones jurídicas, lo que obliga a la tarea de discernir cuáles de esas situaciones se podrán beneficiar de la norma más benigna y cuáles quedan fuera de su alcance.

En nuestro Derecho, en el ámbito penal, ha operado una solución que hoy aparece reflejada en el artículo 2.2 CP: “Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. De esta regla resulta que, solo cuando la pena se hubiera cumplido íntegramente, no será aplicable el beneficio de la ley nueva, ya que la causa está materialmente finalizada.²² Así, el beneficio es aplicable incluso habiendo recaído sentencia firme, no siendo obstáculo para ello el efecto de cosa juzgada.

Para LÓPEZ MENUÑO ésta debe ser la solución que debe regir también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador si se quiere lograr la unificación en lo esencial de

²¹ Explica este conflicto la STC 75/2002 de 8 abril.

²² Aunque sí para el cómputo de la prescripción de los antecedentes penales.

los principios del *ius puniendi*. Pero, hay que tener en cuenta las particularidades propias del ámbito administrativo.

- b) Disposiciones restrictivas de derechos individuales: sistema de tipo mixto *ad extra*, y casuístico *ad intra*

Las disposiciones restrictivas de derechos individuales constituyen el segundo límite constitucional frente al poder retroactivo de la ley. Su introducción en el artículo 9.3 CE es muy novedosa pues, ni en nuestra historia constitucional ni en el derecho comparado es habitual la alusión a la irretroactividad de las disposiciones no penales. La problemática de este límite viene determinada por la fijación precisa de qué deba entenderse por derecho individual y cuáles sean los derechos que gozan de tal beneficio o garantía.

Por otro lado, tenemos que atender a la cuestión del ámbito formal en el que se aplica el precepto: esto es, si solo es de aplicación con respecto a leyes o también a los reglamentos. Según el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el artículo 9.3 CE solo es de aplicación a los reglamentos. Basa su tesis en que la prohibición general de dictar leyes retroactivas se contradice con el tenor de la Constitución, que no resulta compatible con la conservación de los *iura quaestita*.²³ Además, no relaciona el concepto de derecho individual del artículo 9.3 con ninguna de las categorías del Título I de la Constitución, sino que lo interpreta como sinónimo de la categoría general de derecho subjetivo.

El TC ha interpretado que la expresión “disposiciones” que utiliza el artículo 9.3 se refiere a leyes y reglamentos. La mayor irretroactividad supone mayor garantía del *statu quo* y una correlativa limitación del ámbito de la intervención reformadora. Y, el respeto al legislador democrático exige reducir al mínimo el alcance de la prohibición del artículo 9.3

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol 1, 3ª ed, 1980, p. 75.

e impide su interpretación conforme a alguno de los postulados ideológicos del debate doctrinal.²⁴

LÓPEZ MENUDO opina que no se puede conceptuar el derecho individual como *ius quaestium*, por lo que no existe incongruencia alguna en que la Constitución prohíba a la ley ser retroactiva sobre un núcleo determinado de materias. Cree que esos derechos individuales se ciñen a los contenidos en la Sección I del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución. Por tanto la prohibición de irretroactividad solo alcanza a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 15 a 29 CE; no cabe por tanto hablar de una prohibición general al legislativo.²⁵

Por su parte, el TC ha rechazado la identificación entre derechos individuales y cualquier derecho adquirido circunscribiendo la garantía a los derechos contenidos en los artículos 15 a 29 CE (Sección 1ª del Capítulo II del Título I). Esta interpretación, además de ser acorde con la protección especial de esos derechos, coincide con el sentido de la prohibición constitucional de retroactividad.²⁶

Por tanto, hay que delimitar si estos derechos individuales establecidos en el artículo 9.3 CE coinciden con la totalidad del Capítulo Segundo de la norma suprema o solo hacen referencia a una parte de este. ¿Nos encontramos ante un *numerus clausus* o *apertus*?

Teniendo en cuenta que, en el Proyecto de Constitución se incluían los derechos individuales y los derechos sociales. La exclusión de estos últimos en el texto final implica la exclusión del principio de irretroactividad de todas las materias contenidas en el Capítulo

²⁴ DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1988, p. 98.

²⁵ LÓPEZ MENDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 208.

²⁶ STC 27/1981, de 20 julio

Tercero (“De los principios rectores de la políticas social y económica”), a la vez que contrae el principio a los derechos individuales del Capítulo Segundo.²⁷

Descartando los derechos sociales, ¿podemos afirmar que tal relación de derechos, los recogidos en los artículos 15 a 29 CE, son fuente agotable del artículo 9.3 CE? Esto es, si solo los derechos fundamentales son los derechos individuales a los que se refiere el límite de la irretroactividad. O por el contrario, pueden existir otros no explicados en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución.

Dada la inequívoca vocación por la libertad que manifiesta nuestro texto constitucional, no se sostiene el carácter cerrado del catálogo contenido en los artículos 15 a 29 CE. Así, la lista de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I es una lista indicativa de derechos individuales, pero debe tenerse en cuenta que el artículo 9.3 CE puede referirse más allá de la misma.

Por tanto, el sistema de positivación de los derechos individuales en nuestra Constitución es de lista abierta con relación a las eventuales libertades individuales no recogidas en los artículos 15 a 29 que pudieran preexistir o sobrevenir; y de lista cerrada respecto a los demás derechos recogidos taxativamente en otras partes de la Constitución. Es pues, un sistema de tipo mixto *ad extra*, y casuístico *ad intra*.

III. CONVIVENCIA HERMENÉUTICA ENTRE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y EL ARTÍCULO 2.3 C.C.: LEY-JUEZ

1. El artículo 2.3 CC y la no presunción de retroactividad

La regulación de los eventuales conflictos de leyes queda, al margen de los límites constitucionales de la retroactividad de las leyes, en manos del legislador ordinario. Este

²⁷ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 213.

puede dar una solución particularizada a los conflictos concretos por medio de las disposiciones transitorias, o establecer una ordenación general que opere subsidiariamente en los casos en que la nueva ley no contenga sus propias disposiciones transitorias.²⁸

La única norma general consagrada en la práctica es la recogida en el artículo 2.3 CC: “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario.” Por tanto, este precepto es la base supletoria sobre la que debe construirse el Derecho intertemporal español en ausencia de específicas disposiciones transitorias.

Como ya señaló DÍEZ-PICAZO, el artículo 2.3 CC no dice nada más que lo que dice, es decir, que, a menos que establezcan otra cosa, las leyes no poseen efecto retroactivo. Por tanto, la retroactividad precisa de una norma de conflicto particular que así lo disponga ya que, de lo contrario, opera la norma de conflicto general de irretroactividad. Es por esto, que el artículo 2.3 CC establece una presunción *iuris tantum* de irretroactividad de las leyes que impone la prohibición de presumir que las leyes posean efecto retroactivo.

A estos efectos, podemos afirmar que existe en nuestro Derecho un principio general, de rango subconstitucional, de no presunción de retroactividad, claramente diferenciable del consagrado en el artículo 9.3 CE. Éste establece una prohibición indisponible para el legislador, dado el rango constitucional del precepto, de determinadas modalidades de retroactividad; mientras que el artículo 2.3 CC sólo impone la carga de que la retroactividad sea expresamente prevista.

El artículo 2.3 CC no ordena nada más. Esto quiere decir, que la presunción de irretroactividad como norma de conflicto general no es suficiente para construir un sistema de Derecho intertemporal. Y esto es así por tres razones. En primer lugar la afirmación de

²⁸ DÍEZ-PICAZO, L.M., *La derogación de la leyes*, Madrid, 1990, p. 203-204.

que no ha de presumirse la retroactividad, no supone que, en ciertos casos, no pueda darse el fenómeno contrario, este es la ultraactividad o supervivencia de efectos de la ley derogada. En segundo lugar, ni el artículo 2.3 CC ni ningún texto normativo definen en qué consista exactamente la retroactividad: una cuestión que permanece irresuelta en el artículo 9.3 CE. Y finalmente, resulta necesario establecer el valor de determinadas máximas de experiencia y reglas hermenéuticas tradicionales que intentan modular el alcance de la norma de conflicto general en determinados ámbitos.

La respuesta a todas estas cuestiones se articulará mediante una interpretación sistemática y teleológica de las reglas contenidas en el ordenamiento.²⁹

El concepto de retroactividad que permite una comprensión satisfactoria del artículo 2.3 CC y el hallazgo de la norma de conflicto general no tienen por qué coincidir en todos sus aspectos con el artículo 9.3 CE, como ya hemos señalado anteriormente. Ello es debido a que ambos preceptos contienen reglas con distinto objeto: el artículo 9.3 CE establece una prohibición absoluta de irretroactividad para ciertos supuestos; el artículo 2.3 CC dispone una presunción relativa de irretroactividad como regla general. Ha de operar aquí, un principio de *favor legislatoris*, ya que es al legislador a quien corresponde la conformación del ordenamiento, tal y como exige la idea de ordenamiento jurídico de nuestra Constitución.³⁰

Pese a lo dicho anteriormente, en ausencia de disposición legal, el artículo 2.3 CC establece una presunción general de irretroactividad de las leyes. Con ella, el CC deja sentada una norma interpretativa dirigida sobre todo al auxilio de la labor aplicativa de las mismas

²⁹ DÍEZ-PICAZO, L.M., *La derogación...*, ob. cit., p. 205.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L.M., *La derogación...*, ob. cit., p. 212 *in fine*, 213.

por parte de jueces y tribunales. Así, se establece en la STS 11 de enero 2012 que “la seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento de plasmación constitucional (artículo 9.3 CE), exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen. Certeza, predictibilidad y confianza en el ordenamiento son exigencias de la seguridad jurídica que, de acuerdo con el viejo axioma “*tempus regit actum*”, conducen a establecer el principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que en ellas se diga expresamente lo contrario.”³¹

2. La dualidad juez-legislador

La regla establecida en el artículo 2.3 CC ha tratado de regir el complicado mundo del Derecho intertemporal, esto es, del alcance de la eficacia temporal de las normas, sin llegar a lograr un resultado comprensible y armonizador de este fenómeno legislativo. Un precepto dirigido al juez como aplicador del derecho, y no al legislador, que acaba enmarcando el problema en la dualidad juez-legislador, pues ni a uno ni a otro le ha sido necesario conocer un supuesto concepto abstracto de retroactividad: la ley porque dispone de lo conveniente para sus efectos en el tiempo; y el juez porque su independencia le sujeta exclusivamente a la *voluntas legis*. El reconocimiento a la ley de poder extender su acción al tiempo pasado y la correlativa prohibición al juzgador de hacer lo propio, viene determinada por la distinta función y alcance que se atribuye a estos dos poderes estatales.³²

³¹ PASCUAL MEDRANO, A., “Artículo 2”..., ob. cit., p. 55.

³² Conviene recordar que *voluntas legis* no es lo mismo que *voluntas legislatoris*. Para excluir la norma de la ultraactividad no basta una real o presunta intención del legislador, sino que es precisa una voluntad incorporada a la ley misma. De este modo, adquiere valor la tesis según la cual hay que observar el objeto de la ley, su articulación sistemática, el sector del ordenamiento al que pertenece, la finalidad que persigue; pero

La mayor parte de los tratadistas entienden que la disposición del artículo 9.3 CE va dirigida al legislador, en contraste con lo que sucede con la regla contenida en el artículo 2.3 CC. Esto es, lo que determina la fórmula: el principio de irretroactividad de las normas no se impone al legislador, sino al juez.

La doctrina atribuye mayoritariamente a la norma de nuestro Código Civil un alcance exclusivamente interpretativo, lo que supone que su destinatario es el juez, no el legislador, dándole a entender que en caso de plantearse una cuestión sobre su retroactividad o irretroactividad debe decidirse por la no retroacción de la ley, y en los casos en que la ley disponga que se aplique retroactivamente, ha de hacerlo el juzgador de manera restrictiva. Se interpreta así, el artículo 2.3 CC, como una disposición dirigida a jueces y magistrados, en la medida en que regula directamente la aplicación de las normas, sin que suponga un mandato que tenga como destinatario al legislador.³³

El Código Civil no propone imponer una limitación al legislador, estableciendo una regla que tiene por destinatarios a los intérpretes de la ley, que tan solo podrán dotar de eficacia retroactiva a las normas que así lo hayan establecido, o a aquellas otras cuya retroactividad se deduzca por vía interpretativa.

La regla se impone al juez, no al legislador, encubre una realidad compleja, que es aceptada por la doctrina como “noción primaria” del distinto papel que juega el principio de irretroactividad en el campo de la producción y en la aplicación normativa. El tratamiento

no ya para hallar de manera casuística la norma de conflicto, sino para averiguar si existe una objetiva voluntad legal de establecer una norma de conflicto diferente. Además, esa objetiva voluntad legal no puede presumirse jamás. Esto es así, porque esta voluntad de la ley trata de destruir una presunción legal establecida de forma expresa en una norma de alcance general, por tanto, no cabe acudir para ello a una presunción simple de origen extranormativo. DÍEZ-PICAZO, L.M., *La derogación...*, ob. cit., p. 216.

³³ SUÁREZ COLLÍA, J.M., *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, 2005, p. 18.

científico tradicional de esta regla se estructura sobre dos pares de conceptos “legislativo-judicial”, “ley-juez”, como si estos elementos fueran los únicos que realizaran la función de producir y aplicar las normas jurídicas.

Es preciso resaltar que la Constitución en su artículo 9.3 viene a limitar el poder conferido a la ley para atribuir efectos retroactivos según la regla establecida en el CC. Además, la doctrina actual, apartándose de la concepción tradicional, señala que la dualidad juez-legislador se hace más compleja a la vista del mayor protagonismo del ejecutivo en su doble papel de productor-aplicador de normas jurídicas. Teniendo en cuenta esta disyuntiva, hay que saber que si el legislador no es el único centro productor de normas, tampoco el juez es el único operador jurídico que aplica las normas.

Por tanto, el problema se plantea en el juego de cinco elementos fundamentales: el ordenamiento jurídico de un lado (Constitución, ley, reglamento) y los aplicadores del derecho (juez y administración por otro). La unión de estos elementos se articula de la siguiente forma: la Constitución prohíbe en ciertos casos la retroactividad a la ley y esta prohíbe retroaccionar al reglamento; mientras que para el juez sigue rigiendo el principio del artículo 2.3 CC.

Por ello, el planteamiento actual no puede ya subsumirse en la dualidad tradicional “ley-juez”. De esto surgen dos consecuencias: por un lado, al existir prohibiciones abstractas de retroaccionar tanto para la ley como par el reglamento, es necesario definir en abstracto lo que es la retroactividad; pero, primero hay que saber qué quiere decir el artículo 9.3 CE cuando hace referencia a la irretroactividad de las disposiciones, puesto que tal precepto no es un mero principio interpretativo (como sí lo es el artículo 2.3 CC para el juez) sino un

mandato que esas “disposiciones” no pueden transgredir y que el legislador necesita conocer de antemano.³⁴

Por otro lado, es preciso dilucidar si la prohibición que existe sobre el juez posee igual naturaleza que las prohibiciones constitucionales a la ley. O, dicho de otro modo, si nos podemos valer del mismo concepto de retroactividad para ambos supuestos, o por el contrario, hay que diseñar conceptos diferentes para cada esfera de aplicación.

Es muy difícil, fijar un concepto único de retroactividad por razón de la diversa índole de las situaciones y relaciones jurídicas afectadas por los cambios normativos: no se puede predicar para todas ellas el mismo grado de protección. Teniendo en cuenta esto, no resultaría aceptable crear un principio de irretroactividad que tuviera el mismo efecto a la hora de limitar tanto a la Ley, como a la función judicial. Por tanto, el concepto de irretroactividad que el artículo 9.3 CE dirige al legislador no puede tener el mismo alcance que el dirigido al juez en el artículo 2.3 CC.

Si atendemos al principio de irretroactividad como mandato dirigido al Juez, el concepto de retroactividad exigible al aplicador del derecho será el que la ley disponga. Sin embargo, no siempre esta norma abstracta resuelve el problema, ya que en algunas ocasiones, la norma no dice nada, se da un “silencio legal” que deja abiertas numerosas posibilidades hermenéuticas sobre una eventual retroactividad. Y, es esta cuestión la que queda en manos de la interpretación propuesta por el aplicador en el caso concreto, que deberá averiguar cuándo retroacciona la norma y en qué grado lo hace.

En cuanto al principio de irretroactividad como límite al Legislador, debemos preguntarnos si será de aplicación el mismo principio de irretroactividad que el artículo 2.3

³⁴ LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas...*, ob. cit., p. 61.

CC establece para el Juez. LÓPEZ MENUDO sostiene que no, ya que no parece verosímil que la Constitución haya querido imponer a la Ley una prohibición tan rigurosa como la impuesta al Juez por el Código Civil, debido al carácter abierto de nuestro texto constitucional.

Atendiendo a una primera interpretación del artículo 9.3 CE, el concepto de irretroactividad contenido en el mismo no incluye la prohibición de que las leyes puedan accionar hacia adelante. Por tanto, no parece conveniente estimar que la Constitución haya pretendido a través de su artículo 9.3 limitar la acción del legislador sobre lo futuro.

En el ámbito de lo jurídico, pasado, presente y futuro se confunden, así una norma nacida para regular los efectos futuros de las relaciones o situaciones jurídicas en curso, puede producir una modificación de los hechos y efectos pasados e implicar una retroactividad, si no formal, sí material.³⁵

Con todo lo anterior, concluimos que, aunque al juez o al aplicador jurídico en general puede ir dirigida una prohibición de dotar a las leyes de efecto retroactivo, no es posible exigir la misma carga al legislador, puesto que la idea de retroactividad ha de ser diferenciada

³⁵ GARCÍA VALDECASAS G., *Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*, Anuario de Derecho Civil, 1966, p. 48. Citado por LÓPEZ MENUDO F., *El principio de irretroactividad de las normas...*, ob. cit., p. 63. Cabe cuestionarse, en este sentido, si toda ley que accione hacia adelante ha de presumirse *iuris et de iure* que no produce efectos materialmente retroactivos o se trata de una presunción *iuris tantum* susceptible de ser interpretada por el TC. LÓPEZ MENUDO opina que la prescripción de irretroactividad contenida en el artículo 9.3 CE es *iuris et de iure*, en todos los supuestos en que la ley se limite a accionar temporalmente hacia adelante, aunque produzca efectos sobre el pasado. Los casos en que la Constitución prohíbe la retroactividad de las leyes, el concepto de retroactividad se refiere así únicamente a la “acción hacia atrás”.

en tres niveles: como prohibición dirigida al Juez, como límite para la Ley cuando dicho límite exista; y como límite de la potestad reglamentaria.³⁶

³⁶ LÓPEZ MENUDO, F., “El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, Sevilla, 2003, p. 83.

IV. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LAS DOCTRINAS DEL TC Y DEL TS

1. Planteamiento del problema

El gran despliegue doctrinal que ha ocasionado el principio de irretroactividad no ha conseguido todavía fijar unos principios indiscutidos. Ni proponer unas reglas ciertas que afronten la complejidad de los problemas, lo que se explica por la equivocidad del concepto de retroactividad. Muestra de ello es que nos encontremos con doctrina constitucional y jurisprudencial contradictorias.

La jurisprudencia constitucional contiene pronunciamientos fundamentales extensibles a cualquier problema de intertemporalidad, con abstracción del rango de la norma o de la materia sobre la que esta versare. Además, hay que tener en cuenta, que en determinados casos las consideraciones vertidas en sus sentencias responden al problema concreto y no pueden ni deben extrapolarse, ya que de otro modo, se corre el riesgo de caer en la confusión o de elevar a principio general, lo que sólo buscaba la justicia del caso concreto.³⁷

Por otro lado, en la doctrina del TS de principios de siglo, se introdujo la tesis de que la retroactividad solo era posible en grado máximo, esto es, cuando la norma nueva se aplica a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la ley anterior. Así, se señalaba que la retroactividad en grado medio y mínimo era siempre de aplicación inmediata. Esta tesis aparece recogida en las SSTs 30 septiembre 1986; 7 junio 2000; 18 junio 2001, entre otras. Esta corriente jurisprudencial no es la seguida en la actualidad, puesto que la

³⁷ LÓPEZ MENUDO, F., “La irretroactividad en la jurisprudencia constitucional” en S. Martín-Retortillo (Coord.) *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, p. 462.

retroactividad en grado máximo se aplica no sólo a los efectos, sino también a la misma relación jurídica.³⁸

Pero, debemos recordar también que la jurisprudencia del TS no es lineal, e intenta mantener una concepción amplia de irretroactividad. Ha reiterado, como ya señalamos en otro apartado del trabajo, que “el ordenamiento se inspira en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos posteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo” (STS 30 junio 2010). El TC se ha mostrado en cambio más restrictivo, entendiendo que la norma es retroactiva sólo cuando incide sobre “relaciones consagradas” y “afecta a situaciones agotadas”. Por tanto, lo que prohíbe el artículo 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores. Así, solo podríamos hablar de retroactividad en el caso de que se afecten “derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto” (STC 36/2014/9).³⁹

2. Ámbito sancionador

Parte de la doctrina ha intentado resolver las controversias planteadas en este ámbito, proponiendo aplicar iguales soluciones para el ámbito administrativo sancionador que las que resuelven los supuestos surgidos en el Derecho Penal.

a) En el Derecho Penal

Una cuestión que ha planteado problemas en la doctrina del TC y del TS, en especial en el primero de ellos, es la declaración de inconstitucionalidad de una ley penal, y por tanto,

³⁸ La primera de ellas versa sobre la aplicación de una orden ministerial, y las dos últimas, sobre la aplicación de la ley.

³⁹ PASCUAL MEDRANO, A., “Artículo 2”..., ob. cit., p. 53-54.

la aplicación retroactiva de su nulidad. Los autores le atribuyen una naturaleza *cuasilegislativa*, aunque con carácter negativo, en la medida en que las sentencias del TC en procesos de inconstitucionalidad son actos de *legislación negativa*, según ya afirmara Hans Kelsen. Por tanto, si la norma penal aplicada es declarada inconstitucional y nula, se deben respetar las reglas de irretroactividad ya señaladas, así como la retroactividad de la ley penal más favorable.⁴⁰

El problema se plantea en el caso de que la declaración de inconstitucionalidad afecte a una ley más benigna que fue aplicada, o era susceptible de aplicarse con carácter retroactivo y, como consecuencia de ello, debe tomarse en consideración la ley más grave, que siempre mantuvo su imperio, y bajo cuya vigencia fue cometido el delito. La cuestión se aborda de forma distinta, puesto que hay que tener en cuenta si los hechos han sido juzgados o por el contrario, todavía no ha recaído sentencia firme. Si fueron juzgados, la sentencia impuesta tendrá el valor de cosa juzgada y no cabrá revisar el proceso (artículo 161.1 a. CE), salvo que la nueva ley sea más beneficiosa, deberá modificarse la sentencia aplicando la nueva ley.⁴¹

⁴⁰ RUIZ ANTÓN, L.F., “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, Badajoz, 1989, p. 156.

⁴¹ 1. *El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*

En esta línea, LASCURAÍN SÁNCHEZ señala que el postulado de la retroactividad penal favorable tiene su fundamento y su límite en el principio de proporcionalidad. Estableciendo que lo relevante para negar la aplicación de la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito es que resultaría desproporcionada desde la perspectiva jurídico-penal propia del momento del enjuiciamiento. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000, p. 127.

MACHO PÉREZ también sitúa el fundamento constitucional de esta regla en el principio de

La jurisprudencia del TC, ya en sus primeras sentencias, determinó que el problema de la retroactividad penal viene regulado en el artículo 9.3 CE, estableciendo que “interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3. Sin embargo, ni este precepto ni, por supuesto, el artículo 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales”.

Además, señala que “del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente.”⁴²

b) En el Derecho Administrativo

La mayor incógnita en este ámbito de la potestad sancionadora es si el beneficio que comporta la retroacción *in bonus* debe ceder o no ante la autoridad de la cosa juzgada: los pronunciamientos judiciales son muy variados, lo que crea inseguridad jurídica.

Con la antigua normativa, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) (LRJAP-PAC), se dictaron una serie de sentencias que alzaban el obstáculo de la cosa juzgada, valorando el hecho de que el artículo 128.2 LRJAP-PAC no aludía al sujeto “sancionado”, sino al “presunto infractor” lo que consideraban indicativo de que la aplicación del beneficio solo era posible cuando la responsabilidad del inculcado estuviera aún por definir con arreglo a la normativa antigua, pero no cuando hubiera sido definido

proporcionalidad, y no en la interpretación *a contrario sensu* del principio de irretroactividad recogido en el artículo 9.3 CE. MACHO PÉREZ, A. B., *El principio de irretroactividad en derecho tributario* (tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, p. 878.

⁴² STC 8/1981, de 30 marzo FJ 3.

conforme a la norma nueva. Según LÓPEZ MENUDO este argumento no se sostiene, ya que es un argumento meramente gramatical, utilizado instrumentalmente por la ley, al que no debe darse una trascendencia tal que excluya del beneficio las situaciones firmes.⁴³

En el sentido opuesto se encuentran los pronunciamientos judiciales que aplican *mutatis mutandis*, la regla de la ley más beneficiosa “mientras no esté cumplida la condena”, extendiendo así el beneficio hasta el punto máximo razonable, esto es, superando el presunto obstáculo de la cosa juzgada, pero sin sobrepasar el límite de las sanciones ya ejecutadas. Un ejemplo de este supuesto, es la STS 9 mayo 2002, que establece que la retroactividad *in bonus* ha de darse “aun cuando se haya pronunciado la sanción mientras que ésta no se haya ejecutado.” En la misma línea, la Sentencia de 17 julio 2008 afirma que “la Ley más favorable es aplicable mientras la resolución sancionadora sea susceptible de ser reformada.”

La nueva redacción de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (RJSP), evita esta controversia en su artículo 26.2 al establecer que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.” Se mantiene el mismo límite que en el ámbito penal: las sanciones ya ejecutadas completamente no se ven beneficiadas de la ley nueva, puesto que ya han finalizado.

Otra cuestión que no plantea grandes problemas, es si la aplicación de la norma sancionadora más beneficiosa compete exclusivamente a la Administración o también a los órganos judiciales, que pueden hacerla valer directamente en el curso de un proceso

⁴³ LÓPEZ MENUDO, F., “El principio de irretroactividad”..., ob. cit., p. 11.

administrativo. Los órganos del orden contencioso-administrativo deben apreciar y aplicar directamente la norma más beneficiosa, ya que este hecho es imperativo y de orden público, puesto que se debe satisfacer el principio de economía procesal, sin perjuicio de que la resolución pueda ser revisada con posterioridad.⁴⁴

La doctrina y la jurisprudencia del TS, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, utilizan la tesis de la eficacia inmediata, y en menor medida la del *tempus regit actum*, si bien, hay que tener en cuenta que en la legislación procedimental aparece con mayor frecuencia la solución de la *ultraactividad* de la ley anterior. Según esta tesis, los procedimientos deben seguirse con la norma que se hallaba vigente en el momento de su iniciación, sin perjuicio de que los recursos que se interpongan en el procedimiento puedan ya regirse por la nueva ley que entró en vigor durante la tramitación del mismo.

En cuanto a la doctrina del TC sobre la retroactividad de las leyes, ha tendido a aplicar la tesis de la eficacia inmediata en este ámbito sancionador: la norma procedimental nueva regula a partir de su aparición los procedimientos sancionadores ya iniciados.⁴⁵

3. Ámbito no sancionador

La delimitación del área sustantiva de la prohibición recogida en el artículo 9.3 CE, esta es, “las disposiciones restrictivas de derechos individuales,” es compleja, puesto que ya no nos encontramos dentro del ámbito sancionador. La STS de 8 de noviembre de 1991 equipara los derechos individuales a los derechos subjetivos, lo que se contrapone a lo establecido por la STC 27/1981, de 20 julio, que rechaza esta equivalencia.

⁴⁴ Afirman esta doctrina las SSTS de 18 marzo 2005, y 8 junio 2006.

⁴⁵ STS 30 junio 2008 en relación con la STC 61/1997, de 20 marzo.

Es preciso recordar aquí, que el límite de la retroactividad *in peius* de las leyes no es general, sino que está referido únicamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Por lo que nada impide, que en los demás casos el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere necesario. Así, lo reconocen las SSTC 21/1981/10, de 15 de junio; y 6/1983/3, de 4 de febrero.⁴⁶

En la actualidad, el TC se reitera en este mismo sentido, así lo establece la STC 49/2015/4, de 5 de marzo, al señalar que “la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, no admisibles en nuestro Derecho.”⁴⁷

El TC conoció de este problema con ocasión de pronunciarse sobre si las normas tributarias recogían derechos individuales y, por tanto, era aplicable la prohibición del artículo 9.3 CE; o si, por el contrario, no se encontraban dentro de este concepto y, podían ser retroactivas. El TC entendió que las normas que imponen cargas tributarias con base en lo dispuesto en el artículo 31.1 CE, no son por definición disposiciones restrictivas de derechos individuales, ya que, en el mencionado precepto, se consagra un mandato jurídico del que se deriva un deber constitucional para los ciudadanos de contribuir, a través de los impuestos, al sometimiento de los gastos públicos. Por tanto, el TC señala claramente que las normas tributarias no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.⁴⁸

⁴⁶ BARRACHINA JUAN, E., “El principio de retroactividad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *El Fisco*, núm. 164, 2010. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-164-el-principio-de-retroactividad-segun-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional> (a. 20-04-2018).

⁴⁷ Esta sentencia hace referencia a la STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17, para afirmar la retroactividad de una norma cuando afecta a “situaciones agotadas” y a “relaciones consagradas.” Además, la STC 49/2015, asienta doctrina que es reiterada en sentencias posteriores como la STC 102/2015, de 26 de mayo, FJ 4.

⁴⁸ SSTC 182/1997, de 28 octubre, FJ 11; 89/2009, de 20 abril, FJ 3.

Además, admitida la retroactividad de las normas fiscales, se establece, que este hecho, no supone mantener siempre su legitimidad constitucional, ya que esta puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales, especialmente con el principio de seguridad jurídica. Así, lo recogen las SSTC 173/1996/3, de 31 de octubre; 182/1997/11, de 28 de octubre; 273/2000/6, de 15 de noviembre.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo se ha propuesto ofrecer una visión del entramado jurídico que integra la interpretación y aplicación del principio de (i)retroactividad recogido en el artículo 9.3 CE. Además, este principio rector del ordenamiento, dirigido al legislador, aparece en todos los órdenes de nuestro sistema legislativo, por tanto su importancia es fundamental.

La definición del principio de irretroactividad ha sido un constante objeto de estudio doctrinal, especialmente tras la entrada en vigor de la CE de 1978.

No obstante la complejidad jurídica del concepto ha impedido una definición unívoca y universal. Las doctrinas civilista y constitucionalista han realizado un importante esfuerzo investigador, pero desde puntos de vista contrapuestos.⁴⁹

La garantía de la irretroactividad en materia de derechos individuales es el aspecto más novedoso introducido por la CE de 1978.

La retroactividad resulta aplicable a todo tipo de normas, tanto en el ámbito sancionador, como en el no sancionador. El único límite infranqueable *ex* artículo 9.3 CE es la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Lo que quiere decir que, en el resto de supuestos, las disposiciones pueden ser retroactivas. Pero, ante esta afirmación, se debe señalar que el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables no está, sin embargo, consagrado en el precepto citado, pues de este sólo se deduce la prohibición de que se apliquen retroactivamente las disposiciones más rigurosas.

⁴⁹ Teorías civilistas como las de los derechos adquiridos de GABBA, la teoría de SAVIGNY, la teoría de DUGUIT-JEZE, teoría de los hechos consumados de FERRARA, la teoría de ROUBIER, y la teoría del interés público o privado de RUGGIERO.

Respecto al interrogante planteado sobre el concepto de derecho individual, reconociéndose como tales los recogidos en la Sección I del Capítulo Segundo del Título I, debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución es de lista abierta con relación a las posibles libertades individuales no recogidas en los artículos 15 a 29 del mismo texto legal, que pudieran preexistir o sobrevenir; y de lista cerrada respecto a los demás derechos recogidos taxativamente en otras partes de nuestra norma suprema. Es pues, un sistema de tipo mixto *ad extra*, y casuístico *ad intra*. Lo que significa que además de los derechos fundamentales señalados anteriormente, cabe entender por derecho individual otros distintos a estos.

La presunción de no retroactividad aparece recogida en el Código Civil, donde se interpela al juez, para que en su labor interpretativa tenga en cuenta este precepto. Por tanto, este artículo no cumple la misma función que el establecido por la Constitución. La dualidad juez-legislador ha permitido establecer las diferencias entre ambos preceptos, y desarmar las diversas interpretaciones doctrinales que confundían la aplicación de ambos. Así, El juez, como aplicador del derecho, debe atender al artículo 2.3 CC, mientras que el legislador debe regirse en su actividad propia por lo dispuesto en el artículo 9.3 CE.

Por último, el análisis de la jurisprudencia constitucional, nos muestra el alcance de la garantía positivizada en el artículo 9.3 CE, que ha abrigado dos posturas contradictorias. En la primera de ellas, se ofrecía al intérprete supremo de la Constitución: conectar la prohibición de la retroactividad con valoraciones de orden sustantivo (protección de los derechos adquiridos, justicia material). La segunda postura, la cual es adoptada por el TC, busca no valorar la situación jurídica concreta, sino los efectos y límites formales que recoge la propia garantía. Esto es así, porque lo más apreciable de ésta es su certeza, su rigidez o resistencia frente a diferentes interpretaciones que pueden deformarla. Por tanto, una ley será

siempre inconstitucional en los supuestos recogidos en el artículo 9.3 CE, por encima de cualquier presunto fin que se le atribuya.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La retroactividad de la ley en la Constitución española de 1978 y en el Código Civil” en J.M. González Porras, F.P. Méndez González (coords.) *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, Madrid, 2004.

AZPITARTE, M., *Cambiar el pasado*, Tecnos, Madrid, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN, B., *Fuentes del Derecho*, vol. I, Tecnos, 1991.

BARRACHINA JUAN, E., “El principio de retroactividad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *El Fisco*, núm. 164, 2010.

<http://elfisco.com/articulos/revista-no-164-el-principio-de-retroactividad-segun-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional> (a. 20-04-2018).

DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, vol I, IEP, 1949.

DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed, Ariel, Madrid, 1988.

DÍEZ PICAZO, L.M., “Concepto de ley y tipos de leyes”, *REDC*, núm. 24, 1988.

— *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, vol 1, 3ª ed, 1980.

GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000.

LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.

— “El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional”, en S. Martín Retortillo (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991.

— “El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, INAP, Sevilla, 2003, págs. 73-103.

— “El principio de irretroactividad” *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.

MACHO PÉREZ, A.B., *El principio de irretroactividad en derecho tributario* (tesis doctoral), Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.

PASCUAL MEDRANO, A., “Artículo 2”, en A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil Comentado*, Volumen I, Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

RUIZ ANTÓN, L.F., “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1989, págs. 147-167.

SUÁREZ COLLÍA, JM., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Actas, Madrid, 1994.

—*La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE	Constitución
CC	Código Civil
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LRJAP-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
Núm.	Número
p.	Página
págs.	Páginas
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo